

Title	民法192条における無過失
Author(s)	貝田, 守
Citation	大阪外国語大学学報. 29 p.343-p.349
Issue Date	1973-02-28
oaire:version	VoR
URL	https://hdl.handle.net/11094/80485
rights	
Note	

Osaka University Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

Osaka University

民法192条における無過失

貝 田 守

Der guten Glauben ohne Fahrlässigkeit in Japanischen Zivilgesetzbuch 192

Mamoru Kaida

Es mangelt in Japanischen Zivilgesetzbuch am Vermutungsrechtssatz über derjenigen guten Glauben ohne Fahrlässigkeit, die in den Tatbeständen des Eigentumserwerbs kraft guten Glaubens (JZGB 192) eingeschlossen wird.

Es ist streitig, ob die Unschuldigkeit aus JZGB 188 vermutet wird, ob die aus JZGB 186 und 188, oder ob die aus nur § 186. Welcher der streitigen Ansichten die Priorität zukommt, ergibt sich durch Gesetzesauslegung. Die Vermutung aus § 188 ist nicht die Rechtsvermutung aus dem Besitz. Andererseits, nach meiner Auffassung muß es dort der „guter Glauben“ sein, der vollkommender guten Glauben ohne Fahrlässigkeiten ist. Da ist die Vermutung des guten Glaubens ohne Fahrlässigkeit in den Vermutungen aus § 186 enthalten.

現実の社会において「公信の原則」がその大きな効用を発揮しつつあることは、非常に明確な事実である。「公信の原則」とは物権の存在が推測される表章（占有とか登記）を信頼した者は、その表章が実質的な物権を伴わない場合でも信頼に保護が与えられて物権を取得するという原則である。これは、わが国においては動産における物権（動産所有権ないし質権）に認められ、その表章たる占有をなす者が一定要件の下に保護されている。民法192条がそれであり「平穩且公然ニ動産ノ占有ヲ始メタル者カ善意ニシテ且過失ナキトキハ即時ニ其動産ノ上ニ行使スル權利ヲ取得ス」と定めているいわゆる即時取得（善意取得）の制度である。その制度の目的は、その性質を対照的に不動産と異にする動産について、その取引における安全性と迅速性を保全するためにある。すなわち、取引に際して一々その前占有者の権利（本権）の有無を調査すべきであるとすれば、日常の取引がいかに困難なものになるかは容易に推測できるであろう。往時ローマ法においては „Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet.“（何人も自己が有するよりも多くの権利を他人に移転し得ない。） という法諺が行なわれていて公信の原則は

実現しなかったが、ゲルマン法における „Hand wahre Hand“ の原則（相手方を信頼した者はその者からのみ返還を求めうるとの原則）から由来し発展したものである。¹⁾

判例および学説がこの 192 条に示された即時取得の制度の要件を逐次明確にして来たのであるが、なお非常に難かしい問題を投げかける部分が残っている。その中でも、即時取得の最も重要な要件である善意およびその無過失については判例は確定的とはいえず学説は分れていると見られ、特に無過失が推定されるかという問題は難問たるを失わない。これに関して以下に考察を行ない、いささかでも妥当なる解釈に接近しようとするのが本稿の目的である。

I

192条は善意・無過失をその要件の一としているが、本条における善意・無過失の意味を先づ明らかにしなければならない。本条において「善意ニシテ且過失ナキトキ」とは、動産の占有を始めた者において、取引の相手方がその動産につき無権利者でないと誤信し且つかく信ずるにつき過失のなかったときのことをいうとするのが判例である（最判昭和26年11月27日最民集5巻13号775頁）。学説もこの点において大体一致している。²⁾一般の善意というのは事実についての不知を示すものであるが、即時取得においては相手方に処分権限があることを信頼する意味をもつものと考えられている。しかも学説の一致するところにより物権取得の原因たる行為が無能力・錯誤・詐欺・強迫・無権代理などの理由によってその効力を失なわしめられるに至る場合には、192条の適用がないとする点よりみれば、善意の内容は全く相手方が無権利である（処分権限がない）ということのみに尽きる。これは即時取得の適用によって保護されるはずの取引行為自体が、保護を受ける能力を失ってしまったわけであるから³⁾ 当然であり、同旨は判例も示す（大判昭和16年4月19日新聞4707号11頁）。これに対し162条Ⅱ項にいうところの善意にはこのような制限はないと解されている⁴⁾が、この点についてはここでは論じない。⁵⁾

ここにおける無過失とは一般には過失がないことであるといわれるが、通常取引上尽くすべき注意をなしてしかもなお善意であるということになる。⁶⁾このなすべき注意をなしたかどうかの判断によって過失がないかあるかということが決せられることになる。なすべき注意は個々具体的に違っており、これを明らかにするためには判例を調べるのが分り易い。これについては他の研究に委ねたい⁷⁾が、2、3その例を示せば、(イ)馬籍の調査をせず、あるいは、馬匹の所有者に質

(1) 由来については例えば、柚木馨・判例物権法総論67頁以下327頁以下等参照。

(2) 例えば我妻栄・物権法135頁、林良平・物権法110頁。判旨に賛、石田喜久夫・判例批評（民商33巻3号464～5頁）。

(3) 舟橋尊一・物権法（法律学全集）240頁。通説・判例は、無能力者の保護・意思の欠缺・無権代理等の制度を維持するためであるとする。例えば我妻・前掲135頁。

(4) 判例も同旨。例えば代理権欠缺につき大判大正2年7月2日民録19輯598頁、大判大正4年11月19日民録21輯1851頁、準禁治産宣告につき大判大正10年12月9日民録27輯2154頁など。

(5) 参照・原島重義・即時取得（新民法演習2物権）106～7頁。

(6) 参照・大判大正8年10月13日民録25輯1863頁。「過失ナキトハ占有者ノ誤信カ其不注意ニ原因シ若相当ノ注意ヲ為サハ無権利ノ事実ヲ知り得ヘカリシコトヲ謂フ」——富井政章「民法第百九十二条ノ適用範囲」法学協会雑誌31巻2号12頁。

(7) 判例研究として鈴木禄弥・即時取得（総合判例研究叢書民法(6)）88頁以下。

問する手続を怠った場合（東地判明治35年3月10日新聞80号12頁）は過失があるとするが、(ロ)船舶（漁船）の競落人は所有権を得るものと信ずるのは通常であるからとして、（漁船登録や登記を調べない場合でも）この者から取得した場合（最判昭和41年6月9日最民集20巻5号1012頁）に過失なしとしている。⁹⁾また(ハ)自動車の売買の際に、検査官庁でその所有権者を探知し売主がその処分権を有するかどうかを調査するのが通常人の払うべき注意であるとする判例（長崎控判大正11年9月28日評論11巻民法1289頁）に対し、同じ中古自動車でも販売業者から買い受ける際には売主の所有に属するかまたはその所有権を買主に移転する権限があると考えるのが通常であるから、所有者が誰であるか確かめなくてもよいとした判例（東地判昭和11年10月14日評論25巻民法981頁）がある。⁹⁾このように非常に具体的個々の事情によって左右されるものであるので、一定の基準を立てるわけにはいかない。¹⁰⁾

しかし、ここで注意すべきことは前示昭和41年判例を除いたすべては、即時取得の要件としての無過失を主張者側に立証すべきものとしていることである。このようなすべき注意をなしたという事の立証は、非常に困難であり、あるいは取引の通常常識に合しないような注意を要求されることもあり、即時取得の適用範囲について一つの[・]かげを投げかけている。これはひとえに即時取得の要件が殆んど186条によって推定されているのに、文言上、無過失という要件のみは186条は勿論民法上明文を以って推定されていないということに端を発する。判例は（前示昭和41年判決までは）一貫して無過失の推定はないという態度を示し、学説は大きく二分すれば消極説と積極説に分つことができるよう、判然と分れている。積極説の中でも理論的に根拠づけを異にするいくつかのものに分れている。本稿はここで無過失の推定にスポットをあてて考察を進めることにする。

II

先づ消極説であるが、無過失の推定は民法上なされていないから、過失の有無が問題となったときは立証責任に関する一般の原則に基きその主張者においてこれを証明しなければならないとする説¹¹⁾である。論者の説明は比較的簡単であり、要するに186条に推定されている事項に無過失が含まれていないことがその中心であり、加うるに無過失の立証は難事に非ずと見たものであろうとする¹²⁾程度である。判例も消極説を採って来た。「占有ニ過失ナキヤ否ニ付テハ此ノ如キ

(8) 函館地判昭和25年2月3日下級民集1巻2号150頁では、船鑑札および漁船登録票の存否等、調査すべきであるとする。

(9) 船舶・自動車・航空機等で登記・登録をなしたものは即時取得の対象でないとするのが通説である（例えば我妻・前掲132頁）が、即時取得の成立を認める判例は近時においてもある。例えば東京高判昭和31年1月24日下級民集7巻1号75頁。

(10) 「いずれにしても、この辺の判断は、なかなかむずかしいというほかはない。」末川博・即時取得における過失の有無の判定（民商法雑誌28巻6号）7頁。（この研究は東京高判昭和28年8月24日高裁判集6巻421頁以下に関するものである。）

(11) 吉田久・物権法講義53頁。同旨・勝本正晃・物権法180頁、末広厳太郎・物権法上266頁、中川善之助・民法大要上148頁、片山金章・物権法51頁、川島武宜・民法I総論・物権181頁、浅井清信・物権法論80頁、斉藤常三郎・日本民法講義物権105頁他。

(12) 三潞信三・物権法提要320頁。

法律上ノ推定アルコトナキヲ以テ同第九十二条ニ依リ動産ノ上ニ行使スル權利ヲ取得シタルコトヲ主張スル占有者ハ自己ノ占有ニ過失ナキコトヲ立証スヘキコト当然ナリ」（大判明治41年9月1日民録14輯876頁）とする。他の判例も大体同様の理由に依っている。¹³⁾ 判例は昭和41年の前示最高裁判決までこの態度を疑問なく続けて来たのであるが、学説の展開の影響を受けてか、昭和41年の判決でその態度を大きく変更した。この事については後述する。

次に積極説であるが、これはその理由づけによっていくつかに分たれている。その分れるところのポイントは192条の要件の推定として、第一に186条がこれを推定しているのか、いや却って推定していないとみるのか、第二は188条がするところの本権の推定といわれるものが、いかなる内容をもつのかということの解釈の違いにある。

A説は186条の規定は占有状態に関する推定規定であり（取得時効において意味をもつにとどまり）物権取引とは無関係であるとし、善意も186条I項の推定をうけるわけではなく、188条によって善意・無過失ともに推定されるとする。その理由は「占有者が、通常本権を有するものであるならば、一般の人、従って、これと取引するものが、占有者に本権あり、と信ずるのも、また通常だからである。」とする。¹⁴⁾

186条について同様の解釈を採り乍ら少しニュアンスを異にする説をB説としよう。この説では、186条を占有の状態に関する規定とし、同条の善意の内容は自己の物と信ずることであるのに対し192条の善意は前主が処分権利者であると信ずることにあって、両者の意義は全く異なる故に186条I項の善意をそのまま192条の善意に転用することは適切ではないとし、「一八六条の所有の意思の推定及び一八八条の適法の推定が他人の利益のためにも作用することが本条による承継人の善意を基礎付けるものだ」として、無過失についても「むしろ前主が処分権利者なることが承継人の利益のためにも推定せられる（一八六・一八八）限りこの者と取引する者には善意のみならず無過失をも推定すべきである。」とする。¹⁵⁾ このB説はA説と表現を異にし、多少のニュアンスの違いはあるとしても、つまり前主の占有状態が適法であると推定されるのだからそれを信頼することは当然過失なる善意であるというのである。

C説は、善意は186条の文言に従って（従来の判例・通説（消極説）と同様に）推定される（一応186条が占有の状態に関するものである事は認めつつ、192条の趣旨からこれを認めている。）のに対し、無過失は186条に含まれていないので、「188条によって権利の推定を受け」た占有者につきこれと取引をする者が処分権があるものと信じて過失がないといわねばならないとし、「即時取得の場合には取得者の無過失も第一八八条によって推定されることになる。」¹⁶⁾ とする。

13) 大判昭和5年5月10日新聞3145号12頁，大判昭和7年6月29日民集11巻1267頁，大判昭和8年5月24日民集12巻1565頁。192条186条の準用につき同旨大判大正6年7月26日民録23輯1203頁。その他162条につき同旨大判昭和7年12月27日新聞3518号16頁など。

14) 永田菊四郎＝篠原弘志・民法の論点総則・物権法192～4頁。

15) 小野清一郎・末川博編・民法総則・物権法（ポケット註釈全書(6)）334頁。

16) 我妻・前掲135～6頁，同旨，柚木・前掲347頁，林・前掲103頁，金山正信・物権法総論365頁，於保不二雄・物権法（上）214頁。我妻榮編・物権法（判例ンコメンタールⅡ）187～8頁（遠藤浩）。同旨か(?)宗宮信次＝池田浩一・物権法論（新版）88頁。

A・B説と異なるところは、186条I項による善意推定を即時取得にも是認していることであって、その結果無過失の推定のみを188条から導き出しているものである。

これらに対し明らかに異なるのは次のD説である。D説は結論的にいえば善意のみならず無過失も186条I項によって推定されるという。善意はC説と同じ論拠で186条I項の推定を認める¹⁷⁾が、無過失については(192条だけに限らず一般的に)次の如く論ずる。「ここで無過失とは、無過失なる善意をいい、いわば完全な善意を意味するわけであるから、無過失の立証を要することとは、結局、完璧な善意の立証を要することとなり、一八六条が善意を推定したとすると矛盾する。したがって、いやしくも善意が推定されるかぎり、無過失もまた、推定されるものと解すべきであろう。」¹⁸⁾

尚、最高判前示昭和41年6月9日判決は「右法条にいう「過失なきとき」とは、物の譲渡人である占有者が権利者たる外観を有しているため、その譲受人が譲渡人にこの外観に対応する権利があるものと誤信し、かつこのように信ずるについて過失のないことを意味するものであるが、およそ占有者が占有物の上に行使する権利はこれを適法に有するものと推定される以上(民法一八八条)、譲受人たる占有取得者が右のように信ずるについては過失のないものと推定され、占有取得者自身において過失のないことを立証することを要しないものと解すべきである。しかし、このように解することは、動産流通の保護に適合する所以であり、これに反する見解に立つ判例(大審院明治四一年(4)第三三一号、同年九月一日判決、民録一四輯八七六頁)は改むべきものである。」とした。これは学説のうち積極説のC説と全く同じ立場に立ち、従来の判例の探っていた消極説を打ち消した点では画期的な判例ともいうべきものであろう。

III

最近、不動産に関する取引が非常に増加し、それに関連して種々の問題をひき起し不動産についての公信の原則の採否が再検討されようとしているが、¹⁹⁾それにもまして動産の取引の重要性はいよいよ増大している。このような時に前示昭和41年の最高裁判決が裁判所の態度を明確にしたことは大きな意義があるのであるが、その根拠は積極説C説に依っている点に賛し得ないものがある。

C説は188条によって権利の推定を受けた前主につき処分権があると信じて過失がない故に、取得者の無過失も188条によって推定されることが要点である。188条は果してこのような推定規定であると読みとれるであろうか。この問題を解するためには188条の推定の性質および効果を明確にする必要があるが、これ又学説の分れるところであり、この検討を尽くすのは本稿の目的ではない、²⁰⁾しかし、卑見によれば188条の推定は防禦的性格をもっている。すなわち188条は占有物上の権利を適法に有すると推定するが、この推定規定の性質は果して通説のこのような権利推定(Rechtsvermutung)であるのか疑わしく、却って現在は、法律上の推定(Gesetz-

(17) 舟橋・前掲242頁。

(18) 舟橋・前掲298頁、242頁参照。

(19) 不動産に関する登記の推定力について参照、拙稿・登記と事実上の推定(法律時報43巻14号)、同・登記の推定力に関する一考察(評林IX)。

(20) 参照、田中整爾・注釈民法(7)物権(2)188条45頁以下。

liche Vermutung)であってもその中の事実推定 (Tatsachenvermutung) であると考え、しかもその効果は攻撃的に現われないで、防禦的にのみ発現し、自ら 188 条の推定を援用して正権限を積極的に主張する根拠とすることはできない²³⁾と解している。188 条がもし権利推定であるとすれば、その権利の存在の推定および消滅ないし障害事由の不存在の推定が含まれていることとなり、この推定事実を争う相手方は、すべての考えうる反対事実の証明 (Beweis des Gegenteils) をなさねばならず、いわゆる「悪魔の挙証」probatio diabolica を課せられることになり、単なる反証 (Gegenbeweis) では覆しえないという結果となる。²⁴⁾このことが不当な結果をもたらすことは明らかであり、学説は種々の解釈でこれを補う努力をしているのもこのためである。188 条はこのような権利推定ではなく、²⁵⁾権利の適法性を示す事実推定であると考えれば、相手方がこれを争うときにのみ効果が発揮され、その立証をまって推定が覆滅されるのみであるのでその限度において防禦的に働く。このように解するのが妥当であると考え、この立場よりみれば 188 条の推定の中に無過失の推定まで含まれているとされる理由が不明なのである。

又、186 条は占有の状態に関する推定規定であるので占有の取得の場合に適用できないとする立場(積極説A説B説)は納得できない。占有状態はあくまでも静的なものでなくてはならないのか。占有移転の場合もそこにおける善意・無過失はある状態でなくて何であろうか。この状態には取得の際における状態も含ましめて然るべきであろう。この点はD説の一部と同じ結果となる。

わが民法の立法の際フランス民法およびドイツ民法草案が大きな影響を与えたことは周知の事実であるが、制定の際のミスによって無過失の推定が落ちたこともよく知られている。しかもドイツ民法で即時取得を規定する 932 条においては、善意の中に過失が含まれ、しかも同条 I 項 1 文但書において立証責任を、これを争う相手方に負わせ、II 項では悪意・重過失なき限り善意とするなど、相当程度に占有者を保護している。²⁶⁾フランス民法の即時取得に関する規定 2279 条に善意を要求した規定はないが同法 550 条および 2268 条の解釈から善意の要件とその推定が類推され、しかもその善意は無過失を含むということで妥当な解釈が行なわれている。

しかも 186 条は法律上の推定規定であるが事実推定の規定であり、前示の理由もあって無過失のみこれより除外する理由は全くないといわねばならない。

そうすると、186 条が取得時効の要件の推定規定として肯じられるならば、その善意のなかに D 説のいうように無過失も含むとし、186 条 I 項の善意の推定が無過失推定をもなしているとする解釈が最も妥当なのではあるまいか。²⁷⁾ただ善意という概念や無過失という概念について今後

21) 同旨、林・前掲166頁。

22) Leo Rosenberg, Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuch und der Zivilprozeßordnung 4. Aufl. S. 229 u. S. 232 f., R. Winkler, Die Rechtsvermutung aus dem Besitz S. 6., 参照, 拙稿, 前掲(評林IX) 37頁(ここでは188条を通説に従って単に例として引用してある。)

23) 「むしろ挙証責任分配の法則から生ずる当然の結果を内容とするもの」とするのは藤原弘道・占有正権限の立証と占有の推定力(判例タイムズ202号) 67~8頁。

24) Vgl. Wolff-Raiser, Sachenrecht 10. Bearb. S. 253 ff.

25) 結果同旨, 好美清光・注釈民法(7)物権(2)192条135頁。

より検討をほどこして、より正鵠を得た論理を示したいと考えている。その他、本稿で保留した諸点を近い中に明らかにした上で、占有論を再考すべきであると考えている。

このような無過失の推定を 186 条 I 項から引き出すとすればどうなるか附言する。推定が存する事項について推定を受ける側は前提事実を主張するのみでよいのであって、立証責任は相手方に存する。これを立証責任の転換と誤解する説もあるが、転換ではなくして推定の結果ははじめから、相手方に反対事実の立証責任が課せられていることになる。このようになると物の占有を取得した者は、これを争う者の立証が確認されるまで権利の適法性を推定されることになり、即時取得による保護を十分に受けうる。但し、過度の保護は却って取引の安全を害するのである。すなわち 188 条によって無過失が推定されるといい、また 188 条が権利推定であるとするならば、相手方は *probatio diabolica* に苦しみ、正権利者の大きな犠牲の上に偽の取引の安全が確立するという結果になる。前示のような卑見によれば推定は事実推定であり、反対証明を要するとしても、²⁶⁾ 権利推定の覆滅ほどの困難を要求するものではない。無過失は無前提に推定されるのではなく、注意すべき事（取引上具体的に考えられる注意義務）を前提にしているのであるから、これを相手方が主張・立証すれば覆滅せられる。正当な理由ある反証によってのみ覆滅せられ、その限度で適正な即時取得が望みうるのではなかろうか。

26) 兼子一・「推定の本質及び効果について」（民事法研究第一巻）323頁以下。尚ここでは、186条 I 項を事実推定ではなく、暫定的真実（*Interimswahrheit*）であるとしておられる。同書317頁。